

University of Groningen

## Verleden, heden en toekomst van het misbruik van faillissementsrecht

Verstijlen, F.M.J.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Insolventierecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verstijlen, F. M. J. (2019). Verleden, heden en toekomst van het misbruik van faillissementsrecht. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2019(4), 175-177. [TVL 2019/23].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Verleden, heden en toekomst van het misbruik van faillissementsrecht

Tvl 2019/23

Forum

Misbruik van recht is eigenlijk een onmogelijke figuur, het juridisch equivalent van wat de kwadratuur van de cirkel voor de wiskunde is. Want de kern van een recht – of in de terminologie van art. 3:13 BW: een bevoegdheid – is dat de recht-hebbende iets mag en hoe kan het zijn dat men iets misdoet door te doen wat men mag? En kan, van de andere kant beschouwd, iemand wel een recht hebben om iets te doen wat hij niet mag doen?

Maar juristen kunnen wat wiskundigen niet vermogen. De kwadratuur van de cirkel is onbereikbaar gebleven, het leerstuk van het misbruik van recht heeft het Burgerlijk Wetboek gehaald, in art. 3:13. Het blijft evenwel een buitenissige figuur, een plaats waar het recht ontspoot, bedoeld voor gevallen waarin de menselijke omgang ontspoot. Gevallen bijvoorbeeld waarin de ene buur zo ver gaat dat hij een niet werkende watertoren op zijn grond bouwt, alleen maar om de andere buur te jennen.<sup>2</sup>

Uitzonderingsgevallen dus. In het faillissementsrecht hoorden we er decennialang niet zoveel over. Het veranderde in de jaren negentig. Het leerstuk werd ontdekt als middel voor werknemers om zich te weer te stellen tegen een werkgever die hen via een faillissement wilde 'lozen'. Het schoolvoorbeeld is natuurlijk de affaire-Ammerlaan.<sup>3</sup> Toen een ontbindingsprocedure tegen een viertal werknemers niet verliep zoals de werkgever wenste, deed zij aangifte van het eigen faillissement. In hoger beroep ging het faillissement onderuit omdat de werkgever het had aangevraagd 'met het vooropgezet doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming'. Inmiddels weten we dat de Hoge Raad bereid is het leerstuk in zo'n situatie in te zetten,<sup>4</sup> al weten we nog niet precies wat de voorwaarden zijn. Met name weten we niet of hij misbruik van recht aanwezig acht indien het frustreren van arbeidsrechtelijke bescherming niet het enige doel is. Waarschijnlijk wel, gezien het gegeven dat hij in *Digicolor* het desbetreffende oordeel van het hof in stand liet,<sup>5</sup> maar hij herformuleerde dat oordeel zó rigoreus dat twijfel blijft.

De lagere rechtspraak is inmiddels al een stap verder. Het leerstuk behoort tot het standaardrepertoire en er wordt zelfs gebruikgemaakt van een catalogus van 'indicatoren' voor misbruik van faillissementsrecht:<sup>6</sup>

- a. de onderneming vraagt haar eigen faillissement aan;
- b. de financiële noodzaak – indien aanwezig – vloeit (onder meer) voort uit een overschot aan personeel;
- c. de aanvraag van het faillissement vindt plaats kort nadat ontslagvergunningen of collectief ontslag zijn geweigerd of kort na het intrekken van ontbindingsverzoeken;
- d. op het moment van de faillietverklaring ligt reeds een uitgebreid plan voor doorstart klaar;
- e. de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen of er zijn op andere wijze nauwe banden tussen de verkrijger en de vervreemder;
- f. de verkrijger wil de onderneming alleen in afgeslankte vorm overnemen.'

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: F.M.J. Verstijlen, 'Verleden, heden en de toekomst van het misbruik van faillissementsrecht', *Tvl* 2019/23. F.M.J. Verstijlen is redacteur van dit tijdschrift.

2 Vgl. HR 2 april 1937, *NJ* 1937/639 (*Berg en Dalse watertoren II*).

3 Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16.

4 HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/169.

5 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/4.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *JOR* 2019/17.

Ik heb twijfels over deze benadering omdat deze 'indicatoren' niet slechts passen bij misbruiksituaties, maar ook bij reële herstructureringspogingen. Ik laat dat nu rusten. Waar het me nu om gaat is dat het misbruikleerstuk zich langzamerhand ontwikkelt tot een standaardinstrument om de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers op peil te houden.

Er is meer. Het misbruikleerstuk heeft recentelijk een nieuwe dimensie gekregen in de vorm van het curatorenverzet op deze grond in geval van een lege boedel. De Hoge Raad stond het toe, maar liep op poezenvoeten. Een vernietiging op grond van misbruik van recht kan, maar slechts als de curator pro se optreedt, als de gefailleerde een rechtspersoon is, als het faillissement op een eigen aangifte is uitgesproken, als de curator een met de nodige grondigheid onderzoek heeft verricht om vast te stellen dat de boedel leeg is en zal blijven.<sup>7</sup> Een paar jaar later kon de Hoge Raad een volgend stapje zetten – ook in geval van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser behoort een vernietiging tot de mogelijkheden<sup>8</sup> – maar de voorwaarden zijn zo stringent dat ze welhaast nooit zullen worden vervuld. Ook hier loopt de lagere rechtspraak voor de muziek van de Hoge Raad uit. Zij vindt een verzet ook wel kunnen als het faillissement van een natuurlijk persoon wordt aangevraagd,<sup>9</sup> en het grondige onderzoek van de curator is ook niet zo nodig.<sup>10</sup> Veelzeggend is een recente beschikking van de Rechtbank Rotterdam.<sup>11</sup> In het kader van een eigen aangifte loopt de rechtbank een aantal in de 'eigen aangifte verklaring' genoemde activa langs – rekening-courantvordering op aandeelhouder, wanprestatievordering op derde – bekijkt de verweren, tegenvorderingen etc. en concludeert dan:

'De rechtbank is gelet op het voorgaande van oordeel dat aangeefster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een te vereffenen vermogen.'

Het lijkt erop dat in Rotterdam de vennootschap voldoende aannemelijk moet maken dat er te vereffenen vermogen is, bij gebreke waarvan de eigen aangifte wordt afgewezen. Er komt dan überhaupt geen curator, grondig onderzoek of toezicht aan te pas, het summiere onderzoek van de rechtbank ter terechtzitting volstaat. Die stap heeft de Hoge Raad niet willen zetten en de wetgever evenmin. Nergens stellen zij de eis dat de schuldenaar (of een schuldeiser) aannemelijk moet maken dat er te vereffenen vermogen is. Volgens art. 18, tweede volzin Fw hoeft slechts ingeval een eerder faillissement is opgeheven wegens gebrek aan baten te worden aangetoond dat er voldoende baten zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden (en wat een ander dan de schuldenaar betreft beperkt tot een periode van drie jaar na die opheffing).

Wat thans 'van onderen op' gebeurt, is dat het misbruikleerstuk wordt gebruikt als noodventiel, om de druk te verlichten die is ontstaan omdat de Faillissementswet geen gelijke tred heeft weten te houden met de maatschappelijke ontwikkelingen van 'technische' faillissementen en lege boedels. Maar een noodventiel is er voor een geval van nood. Indien het 'het nieuwe normaal' wordt om op dat noodventiel te vertrouwen, gebeuren er ongelukken. Het is aan de wetgever om de Faillissementswet weer aan te laten sluiten bij de nieuwe ontwikkelingen, 'het nieuwe normaal'.

Dat doet hij wat betreft de werknemersbescherming. Een voorontwerp voor een Wet overgang van de onderneming in faillissement ging inmiddels in consultatie.<sup>12</sup>

7 HR 18 december 2015, NJ 2016/172 (Hoeksma q.q./R.M. Trade B.V.).

8 HR 22 december 2017, NJ 2018/154 (Boersen/Bedrijfstakpensioenfonds voor het Levensmiddelenbedrijf).

9 Rb. Rotterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2735, RI 2016/81 en Rb. Midden-Nederland 11 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2590, RI 2016/78.

10 Rb. Rotterdam 20 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8103.

11 Rb. Rotterdam 2 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5048.

12 Te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](http://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement).

Wordt het voorontwerp wet, dan kan de inzet van het misbruikleerstuk tot normale proporties worden teruggebracht.<sup>13</sup>

Bij de lege boedels schort het nog aan actie van de wetgever. Ook daar is ingrijpen nodig. Het curatorenverzet voldoet niet. Keuzes moeten worden gemaakt. Verlangen we van de curator dat hij zijn werk in toenemende mate voor nop doet? Laten we de boedel, als niet duidelijk is dat die volstaat om de kosten te dekken en moet iedere schuldeiser dan maar voor zichzelf zorgen? Of zorgen we voor een redelijke vergoeding voor de curator, uit de algemene middelen of uit het deel van de 'stakeholders' in het faillissement?

---

13 Vgl. p. 6 van de concept-MVT.